

Les Cahiers de droit



Codes, silence et harmonie - Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats

Fabien Gélinas

Volume 46, numéro 4, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043871ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043871ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gélinas, F. (2005). Codes, silence et harmonie - Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats. *Les Cahiers de droit*, 46(4), 941-960. <https://doi.org/10.7202/043871ar>

Résumé de l'article

En matière de contrats du commerce international, le mouvement d'harmonisation s'envisage notamment en fonction de deux vecteurs : celui du droit uniforme conventionnel et celui de la *lex mercatoria*. Dans les deux cas, le décideur fait régulièrement face au silence de la loi. En analysant les modalités selon lesquelles le décideur peut alors avoir recours aux principes généraux du droit et aux usages du commerce pour faire parler le silence, l'auteur inscrit ces réflexions dans un effort de théorisation des sources du droit transnational entre la loi et le contrat d'une part, et entre le droit formel et le droit informel d'autre part.

Codes, silence et harmonie— Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats*

Fabien GÉLINAS**

En matière de contrats du commerce international, le mouvement d'harmonisation s'envisage notamment en fonction de deux vecteurs : celui du droit uniforme conventionnel et celui de la lex mercatoria. Dans les deux cas, le décideur fait régulièrement face au silence de la loi. En analysant les modalités selon lesquelles le décideur peut alors avoir recours aux principes généraux du droit et aux usages du commerce pour faire parler le silence, l'auteur inscrit ces réflexions dans un effort de théorisation des sources du droit transnational entre la loi et le contrat d'une part, et entre le droit formel et le droit informel d'autre part.

In matters of international commercial contracts, the move towards legal harmonization is seen mainly as a function of two vectorial forces : conventional uniform law and the lex mercatoria. In both cases, the decision-maker is frequently confronted by the silence of the law. By analyzing the ways in which a decision-maker may resort to the general principles of law and trade usages to elucidate the law's mutism, the author sets out the broad lines of an attempt to help situate the sources of transnational law between law and contract on one hand, and between formal law and informal law on the other.

* L'auteur a bénéficié des recherches d'un boursier Borden Ladner Gervais, Michael Wong, pour la préparation du présent article. Il remercie également son collègue Roderick Macdonald, pour ses commentaires.

** Professeur agrégé, Faculté de droit ; directeur, Institut de droit comparé, Université McGill.

	<i>Pages</i>
1 Principes généraux du droit	945
1.1 Principes du droit uniforme.....	945
1.2 <i>Lex mercatoria</i> : silence de principe?.....	949
2 Usages du commerce	953
2.1 Droit uniforme des usages (uniformes?).....	954
2.2 Usages et arbitrage	956
Synthèse et harmonie	957

La loi et la musique ont le silence en partage, pourrions-nous dire. Il est d'abord pour elles deux un vide à combler, un vide incommensurable. Le silence se présente ensuite comme un ennemi que chacun sait irréductible, qui est combattu sans répit, avant d'être apprivoisé un peu ; un ennemi qu'il est possible d'apprécier, au final. Car la loi, comme la musique, n'est rien sans interprète, celui pour qui et par qui le silence s'exprime et devient matière première, celui qui, constamment et sans relâche, recherche l'esprit de son sujet. Nous proposons ici quelques réflexions sur le silence entre le code et non pas l'harmonie musicale mais l'harmonisation du droit, en l'occurrence celui des contrats du commerce international.

Quelques remarques liminaires s'imposent d'abord sur la question de l'harmonisation du droit, que nous définirons ici de la manière la plus large possible en observant un silence relatif. Au sujet de ce phénomène, il suffira de rappeler, avec Patrick Glenn, que dans les codifications du XIX^e siècle et du XX^e siècle se dessine le premier grand mouvement d'harmonisation du droit au sens formel¹. Il s'agissait alors de nationaliser le droit que l'on parle maintenant de mondialiser. Il s'agissait bien sûr de réunir et d'unir, comme le disait Michel Grimaldi². Il s'agissait aussi d'unifier une foule de règles et de pratiques locales et régionales afin d'en faire un ensemble cohérent et centralisé associé à la puissance de l'État.

1. H.P. GLENN, «Harmony of Laws in the Americas», (2003) 34 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 223, 224.

2. M. GRIMALDI, «“Codes et codification” : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code Napoléon», (2005) 46 *C. de D.* 11, 16.

Les codifications sont partie intégrante en effet de la revendication historique par l'État d'un monopole sur la production de la norme juridique : elles ont participé à la marginalisation des modes de production informels, telle la coutume, et à l'exclusion des sources de droit non seulement locales mais également transnationales, tels le droit romain et les principes généraux du droit, souvent conçus alors comme des préceptes de droit naturel³.

Première remarque liminaire donc : le mouvement d'harmonisation dont nous sommes les témoins, les promoteurs ou les détracteurs aujourd'hui répond au mouvement d'hier. Car le produit de cette harmonisation de jadis, cette unification des droits locaux doublée d'un effet phagocytaire à l'endroit de toute normativité informelle ou privée, avait naturellement posé problème aux acteurs du commerce international, habitués à un encadrement normatif où la puissance publique ne se manifestait que très peu. Pour le commerce international, un « droit international privé » dès lors nationalisé a, bien sûr, été mobilisé pour résoudre certains des problèmes posés par la nationalisation du droit. Cependant, cela a été largement en vain, car il s'agit maintenant d'un droit privé, certes, mais tout de même d'un droit largement privé d'internationalité, c'est-à-dire d'un droit qui parle de l'étranger sans guère communiquer avec lui. Le droit international privé et l'idée même de conflit de droits nationaux qu'il porte en son sein sont en effet tributaires des succès de la codification « nationalisante » d'une normativité autrefois conçue comme beaucoup plus fluide⁴.

Si l'harmonisation formelle dont nous sommes les témoins aujourd'hui s'explique par celle qu'ont été les codifications, elle n'a cependant pas nécessairement vocation à englober l'ensemble des matières de droit privé à la façon des grands codes⁵. Lorsqu'il s'agit d'« encourager l'harmonisation

3. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 1, 224-226, explique la marginalisation des sources informelles du droit en ces termes. Il la rattache à une vague de nationalismes en Europe et à l'expansion des territoires par la colonisation, ce qui crée un besoin d'unification du territoire par le droit national. Dans un autre article, « The Capture, Reconstruction and Marginalization of "Custom" », (1997) 45 *Am. J. Comp. L.* 613, 615 et 616, Glenn raconte comment les codifications privées de l'ancien droit (*coutumiers*, *Rechtsbücher*, *rechtsboeken*), qui se voulaient descriptives, ont facilité l'émergence de la notion de codification officielle.

4. Sur la transformation du droit international privé, le lecteur lira avec intérêt H.P. GLENN, « Unification of Law, Harmonization of Law and Private International Law », dans *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, p. 784 et suiv.

5. J. VANDERLINDEN, « Aspects de l'idée de codification », (1962) 39 *Revue de droit international et de droit comparé* 41, 45 et 46, fait remarquer qu'il s'agit là d'une caractéristique de la codification. Voir aussi, du même auteur, nuanciant à cet égard : J. VANDERLINDEN, « Qu'est-ce qu'un code ? », (2005) 46 *C. de D.* 29, 51.

et l'unification progressive du droit commercial international», mission que s'est donnée notamment la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international dans le but ultime de faciliter les échanges internationaux, les règles régissant les rapports internes ne sont pas nécessairement touchées. Il suffit de créer une interface, un régime juridique spécial et uniforme pour ces échanges internationaux, régime qui peut laisser le droit interne largement intact dans sa forme⁶. Il n'est donc pas nécessairement question de mondialisation du droit des obligations : c'est là notre seconde remarque liminaire. Il s'agit ici de matières limitées, au sujet desquelles l'État accepte, de bon ou de mauvais gré, de se départir du monopole qu'il revendique ou d'atténuer—car il se réserve tout de même le contrôle de l'ordre public—l'intensité de cette revendication afin de favoriser les échanges internationaux. Conservant sa mainmise sur l'ordre public, l'État ne laisse en théorie à l'harmonisation que le domaine du droit supplétif. Mais le droit supplétif est justement le terreau le plus fertile du droit informel, dont les forces harmonisantes n'ont jamais cessé de se déployer, prenant le droit étatique comme partie d'une donne allant bien au-delà de celui-ci.

En matière de contrats du commerce international et à nos propres fins, il suffira d'envisager le mouvement d'harmonisation en fonction de deux vecteurs : celui du droit uniforme conventionnel et celui de la *lex mercatoria*. Dans le premier cas, l'État confie à ses juges le soin d'appliquer un droit écrit « international et uniforme » ; dans l'autre, les parties contractantes confient à un arbitre le soin de rendre, en se fondant sur des règles « anationales » ou « transnationales », une sentence que l'État ordonnera à ses juges de reconnaître sous réserve de l'ordre public⁷. Dans les deux cas, le décideur fait régulièrement face au silence de la loi. Nous nous proposons d'observer dans ce qui suit les modalités selon lesquelles le décideur peut alors avoir recours aux principes généraux du droit et aux usages du commerce, instruments propres à faire parler le silence, voire à contester sa réalité.

6. Voir D.W. LEEBRON, « Claims for Harmonization : A Theoretical Framework », (1996) 27 *Can. Bus. L.J.* 63, 75 et suiv. Sur les problèmes associés à l'établissement d'un double régime interne/international, voir R. DAVID, « International Unification of Private Law », dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. II, New York, Oceana, 1971, chap. 5.

7. Le droit uniforme conventionnel est bien entendu également susceptible d'application par les arbitres du commerce international.

1 Principes généraux du droit

1.1 Principes du droit uniforme

Le droit uniforme prend malgré son nom plusieurs formes, sur lesquelles nous ne nous attarderons pas ici. Dans le domaine des contrats du commerce international, l'instrument par excellence de droit uniforme conventionnel — le mieux connu des tribunaux étatiques — est bien sûr la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises⁸. Cette dernière nous servira donc d'exemple. S'interroger au sujet des principes dans le contexte de la Convention de Vienne, c'est s'interroger notamment sur l'appareil interprétatif pris au sens large — incluant le traitement des questions « qui ne sont pas expressément tranchées » — mis en œuvre par le traité⁹.

Dans le but avoué d'encourager une interprétation de ses dispositions qui soit le plus possible dissociée des droits nationaux¹⁰, la Convention de Vienne renvoie en effet le juge aux principes généraux¹¹:

- 1) Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.
- 2) Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Le renvoi, force est de le constater, est fait aux principes généraux dont la Convention de Vienne « s'inspire ». Il s'agit donc de la reproduction à l'échelle internationale d'une logique de code, ou de ce que Gérard Cornu a appelé l'« effet de codification¹² », évoquant la cohérence d'ensemble qui permet à l'interprète de remplir les interstices par le jeu notamment de

-
8. NATIONS UNIES, « *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise* », (1988) 1489 *R.T.N.U.* 3 (ci-après citée: « Convention de Vienne »).
 9. Voir de manière générale: C. WITZ, « CVIM: interprétation et questions non couvertes », (2001) 3 *Rev. Dr. Aff. Intern.* 253; F. FERRARI, « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », (1996) 4 *R.I.D.C.* 813.
 10. Voir M. GEBAUER, « Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation », (2000) *Rev. dr. unif.* 683, 686, qui définit l'interprétation d'une loi uniforme comme autonome si elle s'affranchit de toute référence aux significations et conceptions particulières d'un droit interne donné.
 11. Article 7 de la Convention de Vienne.
 12. G. CORNU, « Codification contemporaine: valeurs et langage » dans *Codification, valeurs et langage: Actes du colloque international de droit civil comparé*, Montréal, Université McGill et Université de Montréal, 1981, p. 42.

l'analogie des dispositions, qui n'est rien d'autre à l'analyse qu'un recours à des principes servant d'ossature au code¹³.

Le recours aux principes généraux, dont la popularité semble aller en augmentant au fil des années, a bien sûr fait l'objet de développements considérables dans la doctrine classique des droits européens¹⁴. Envisageant les principes dans la perspective positiviste des systèmes, René David¹⁵ voyait dans la popularité des principes une espèce de « résurgence, à notre époque, de l'idée de droit naturel », constatant que la référence aux principes a supplanté celle qui a pu être faite à d'autres époques au droit naturel, à la raison ou à l'équité, alors que le droit écrit était moins abondant et n'était donc pas en mesure de fournir la matière première à partir de laquelle la réponse à toute question peut prétendre avoir été modelée. Cette association d'idées pose bien sûr la question de savoir si le recours aux principes généraux fait nécessairement sortir le décideur du « système » au sein duquel il évolue.

D'un point de vue positiviste strictement hartien, les principes ne sont que des règles juridiques relativement abstraites aménageant un degré particulièrement élevé de discrétion pour l'interprète¹⁶. Silence, donc, sur la question du rôle particulier joué par les principes en cas de silence de la loi. Toutefois, contrairement à ce qui a pu en être dit¹⁷, il est tout à fait possible de rendre compte du recours aux principes généraux dans le respect du modèle de validation de Hart. Neil MacCormick a ainsi proposé un ancrage pour les principes dans les sources formelles du droit en suggérant d'en certifier la positivité, pourrions-nous dire, par leur rattachement logique aux règles qui sont incontestablement juridiques¹⁸. Le principe fait partie du droit positif dans la mesure de son pouvoir organisationnel et explicatif dans l'ordonnancement des règles directement validées par un

13. Il s'agit ici du raisonnement par analogie des lois, qui peut se distinguer du raisonnement casuistique de la common law. Voir R. DAVID, « La doctrine, la raison, l'équité », (1986) 11 *R.R.J.* 109, 131.

14. Pour une analyse de plusieurs systèmes, voir M. VAN HOECKE, « The Use of Unwritten Legal Principles by Courts », (1995) 8 *Ratio Juris*, 248.

15. R. DAVID, *loc. cit.*, note 13, p. 115 et 118 et suiv.

16. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 120 et suiv.

17. Voir en particulier : R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, chap. 2 et 3.

18. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 229-258.

critère formel¹⁹. Le principe, ainsi testé, est donc dans le droit positif, même si son rôle relève plus souvent de la force persuasive que de la logique d'application binaire vers laquelle tend la raison technique du droit dans le déploiement des règles²⁰.

La revendication d'un principe par les critères de validation formels d'un système donné ne veut aucunement dire que ce principe ne saurait se trouver « ailleurs », qu'il ne s'insère pas également dans un univers juridique plus large, un droit commun insensible aux frontières, un univers transnational. De la même manière, cette revendication du principe par le système national n'implique aucunement qu'il ne puisse avoir sa source également dans l'univers allant au-delà du droit qu'est celui de la raison pratique. Ce don d'ubiquité qu'il faut bien reconnaître aux principes généraux du droit explique à merveille leur double rôle, qui en a confondu plusieurs²¹, de source pouvant produire ses effets *praeter legem* ou, généralement de manière plus graduelle, *contra legem*. Car le principe, pouvant revêtir l'habit de la raison pratique et véhiculer des valeurs morales, sert de membrane organique et perméable entre la loi et la morale, entre la raison technique du droit et la raison pratique dont le droit est l'instrument. Le principe est un médiateur entre le code auquel il apporte une structure vivante et l'univers normatif sociopolitique auquel il se rapporte et qui le fait respirer.

Appeler de ses vœux un « effet de codification » dans un contexte d'harmonisation qui se veut mondial, comme le fait l'article 7 de la Convention de Vienne, rend vite évidente l'impossibilité de contenir les principes généraux comme éléments d'un ensemble ou instrument normatif particulier et fermé. L'ubiquité des principes généraux pousse naturellement à la recherche d'un cadre de référence plus large. A ainsi été défendu le recours aux *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce interna-*

19. *Id.*, p. 233 : « There is a relationship between the 'rule of recognition' and principles of law, but it is an indirect one. The rules which are rules of law are so in virtue of their pedigree; the principles which are principles of law are so because of their function in relation to those rules, that is, the function which those who use them as rationalizations of the rules thus ascribe to them. ».

20. Pour la représentation de ce phénomène, il est également possible d'avoir recours à une reconnaissance de divers degrés de positivité : H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 116 et suiv.

21. Voir notamment : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1956, par. 221-223, p. 101 et 102.

*tional*²² dans le but de combler les silences de la Convention de Vienne²³. La suggestion est de prime abord étonnante, puisque les Principes d'UNIDROIT sont plus naturellement associés, vu leur niveau relatif de généralité, à des règles qu'à des principes²⁴. Cependant, ces règles constituent un ensemble cohérent qui provoque lui aussi un effet de codification laissant entrevoir des principes structurants qu'un juge pourrait trouver familiers. Le texte du préambule se lit comme suit :

Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international.

Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat.

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les «Principes généraux du droit», la «*lex mercatoria*» ou autre formule similaire.

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat.

Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme.

Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national.

Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux.

Les Principes d'UNIDROIT se présentent donc comme partie d'un ensemble normatif cohérent qui comprendrait tous les instruments de droit uniforme, chacun tirant selon toute apparence inspiration des mêmes principes généraux, ceux-là mêmes auxquels les acteurs du commerce international songeraient en se réclamant de la *lex mercatoria*.

22. *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, 2004 (ci-après cités : «Principes d'UNIDROIT »).

23. Selon K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 182, les Principes d'UNIDROIT incarnent les principes généraux des contrats du commerce international et peuvent donc servir de référence en vertu de l'article 7. Plusieurs sont d'avis que les Principes d'UNIDROIT ne devraient pas être invoqués au soutien de l'interprétation d'un instrument international préexistant : F. SABOURIN, «Québec» et J. BASEDOW, «Germany», dans M.J. BONELL, (dir.), *A New Approach to International Commercial Contracts : The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 245 ; M.J. BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law», (2002) 36 *R.J.T.* 335, 348-350, est d'avis que les Principes d'UNIDROIT peuvent légitimement être invoqués lorsque les dispositions citées sont une expression de principes dont la Convention de Vienne s'inspire.

24. Pour une analyse des principes *généraux* qui peuvent être inférés des Principes d'UNIDROIT, voir F. HINESTROSA, «Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats», (1998) *Rev. dr. unif.* 501, 514 et suiv.

Il serait même possible d'aller plus loin, car une conception des principes généraux encore plus universelle semble fort répandue. Le *Code civil du Québec* n'affirme-t-il pas être « en harmonie avec les principes généraux du droit²⁵ » ? Ne circonscrivant aucunement la recherche du décideur aux principes « dont il s'inspire », le Code, en sa disposition préliminaire, ne renvoie-t-il pas à une chose extérieure à lui-même, chose qui pourrait bien ramener le juge interprète du droit interne à un univers normatif qu'il aurait déjà fréquenté à titre de juge de droit uniforme, dans une affaire, par exemple, de vente internationale ? Où se trouvent donc les principes ? Sont-ils si insaisissables qu'il faut avoir recours à la poésie de Carbonnier pour les entrevoir « en suspension dans l'*esprit* du droit²⁶ » ? Le renvoi de la disposition préliminaire, très précisément, se fait à un univers désigné par la seule mention du droit. Il s'agit de principes généraux *du droit*. Le renvoi concerne donc un univers circonscrit par la seule notion de juridicité.

Privé de l'appui rassurant des sources formelles associées à l'État, qui fournit un ensemble de règles dont le principe peut généralement s'induire²⁷, l'arbitre évoluant dans l'univers de la *lex mercatoria*, où la loi paraît parfois plutôt absente que silencieuse, est contraint d'en dire un peu plus sur les principes.

1.2 *Lex mercatoria*: silence de principe ?

On a beaucoup parlé de droit des marchands, de droit propre aux marchands, centré sur la pratique du commerce international. Pendant longtemps, la doctrine a appelé de ses vœux la *lex mercatoria* plus qu'elle n'a décrit un phénomène dont la réalité aurait pu se démontrer dans les

25. La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* se lit comme suit :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Voir en général : A.-F. BISSON, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 539.

26. J. CARBONNIER, *Droit civil— Introduction*, 26^e éd., Paris, PUF, 1999, p. 254.

27. Sur le principe comme expression du droit commun, voir H.P. GLENN, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339.

sentences arbitrales²⁸. On a subi la sempiternelle référence aux Incoterms²⁹, qui ne sont guère plus que des clauses types dont l'incorporation est facilitée par le recours à quelques lettres, formules magiques tirées de l'histoire du transport maritime et sans cesse mises à jour pour rendre compte des nouvelles façons de faire. On a subi encore la mention sans cesse renouvelée des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale*, universellement reconnues certes mais tout de même écrites par les banquiers pour les banquiers et ne réglant d'ailleurs que deux ou trois des mille problèmes de la vente internationale, puis la référence répétée à quelque association régissant à Londres ou à Anvers le commerce du grain ou du diamant³⁰.

Abstraction faite des usages du commerce, qui peuvent de prime abord être envisagés comme un phénomène contractuel sur lequel nous reviendrons, il est tout à fait légitime de se poser une question fort simple : où sont donc les coutumes marchandes dont on parle tant ? Dans la mesure où ces dernières existent, elles sont en réalité, et peut-être avec raison³¹, largement ignorées du juriste. La chose s'explique aisément, puisque le juriste a bel et bien remplacé le chef d'atelier, le commerçant qui, durant les années 20, rendait la première sentence arbitrale de la Chambre de commerce internationale. Le juriste-arbitre d'aujourd'hui est assisté dans sa tâche par des juristes-conseils qui prennent aussi la place jadis occupée par les commerçants aux prises avec un différend. Dans un tel contexte d'occupation par les juristes, la coutume des marchands se réduit essentiellement à ce que Carbonnier a appelé la coutume d'origine « savante »³² qui, contrairement à la coutume populaire, n'est pas produite par la pratique sur le terrain mais par la pratique des juristes. Et qu'est-ce donc que la coutume savante sinon l'ensemble fluide et mouvant des principes généraux du droit, dont certains peuvent s'exprimer, dans le lexique de Carbonnier, sous forme de maxime ?

28. Sur ce point, la boutade de Lord Mustill est devenue célèbre : « the reported awards do not in all cases seem to sustain the wealth of commentary based upon them » ; M. MUSTILL, « The New Lex Mercatoria, The First Twenty-Five Years », (1988) 4 (2) *Arbitration International* 86, 114.

29. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC), *Règles officielles ICC pour l'interprétation des termes commerciaux*, Paris, ICC Publishing No. 560, 1999.

30. Pour un traitement systématique de la question : F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Holland Pub., 1992.

31. Il existe un courant de pensée s'opposant à la revendication par le droit officiel des usages et coutumes marchandes : L. BERNSTEIN, « Merchant Law in a Merchant Court : Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms », (1996) 144 *U. Pa. L. Rev.* 1765. Cette façon de voir peut s'expliquer en termes de pluralisme juridique.

32. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 26, p. 253 et 254.

Dans sa recherche de la *lex mercatoria* ou d'un droit transnational des contrats commerciaux, l'arbitre revient donc souvent à la case départ. Il se propose — ou les parties lui imposent — d'appliquer un droit transnational. Il a, comme les parties, la faculté de désigner non pas *un droit* applicable mais des *règles de droit*³³. Il est donc guidé par le critère de juridicité et se met à la recherche d'une solution. Où la trouve-t-il ? Très souvent, et cela peut paraître aussi étonnant que banal, elle apparaît dans les droits nationaux. Il découvre la solution après une recherche difficile fournie par les avocats-conseils, à la suite d'une analyse comparative des solutions les plus communes au problème posé, mais purifiées de toute particularité pouvant causer la surprise chez les cocontractants. C'est du moins la méthode proposée par Emmanuel Gaillard, qui est fort respecté dans la communauté des arbitres, méthode confirmée par la lecture de plusieurs sentences arbitrales exemplaires de la *lex mercatoria*, sentences qui confirment également la pertinence des Principes d'UNIDROIT comme guide dans ce travail de comparatiste³⁴. Les précédents résultant des sentences arbitrales publiées sont bien sûr pertinents, mais, peut-être en raison de l'indigence du *corpus* qu'ils constituent, ils ne sauraient affranchir l'arbitre et les avocats-conseils qui l'assistent d'une recherche beaucoup plus large. Citons Gaillard sur ce point :

[À] défaut de précision de méthode apportée par les parties elles-mêmes, les conseils et les arbitres devront procéder à une analyse de droit comparé de façon à dégager la ou les règles pertinentes. Les précédents résultant de sentences arbitrales rendues dans des circonstances analogues constituent incontestablement une matière appréciable mais les règles transnationales ne se limitent en aucun cas à des précédents. Il incombe aux conseils des parties et aux arbitres, dans le respect du contradictoire, de montrer que, sur telle ou telle question en litige, les droits étatiques convergent vers une solution déterminées, de sorte que cette solution peut être retenue au titre des règles transnationales³⁵.

Le recours aux principes reconnus *in foro domestico* est-il bien étonnant quand on sait que les publicistes en étaient venus à une conclusion similaire dans leur recherche des principes généraux du droit mentionnés au Statut de la Cour internationale de justice, alors même que les sujets

33. Il s'agit de l'expression consacrée par les dispositions de tous les instruments contemporains ayant pour objet de régir le droit applicable dans le contexte de l'arbitrage commercial. Pour un exemple, voir l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : « à défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

34. E. GAILLARD, « Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts », (1999) 27 *Int'l Bus. Law.* 214, 215 et 216.

35. E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », (1995) *J.D.I.* 5, 24.

de droit visés se présentaient comme fondamentalement différents³⁶ ? « Nous arrivons par éliminations successives à cette conclusion », professaient Georges Ripert dès 1935, « que c'est *dans les législations positives* qu'il faut chercher les principes généraux du droit³⁷ ».

Les principes généraux du droit des contrats sont donc à la fois dans les systèmes nationaux et à l'extérieur de ceux-ci. Ils donnent vie aux règles posées dans chaque système qui, en retour, soutiennent les principes par un rapport logique inductif. Les systèmes reconnaissant la liberté des conventions ont en partage l'essentiel des principes du droit des contrats commerciaux³⁸, et ce, indépendamment du critère d'internationalité. Le droit contractuel des marchands tend ainsi à une harmonisation informelle transnationale totale qui prend le contre-pied de la technique de l'interface mentionnée plus haut à laquelle le droit uniforme écrit a souvent recours et qui laisse au droit national la chasse gardée des rapports internes. Il est aisé de comprendre comment les Principes d'UNIDROIT peuvent prétendre avoir vocation à « servir de modèle aux législateurs nationaux », même lorsqu'il s'agit de régir des rapports purement internes. Les Principes d'UNIDROIT sont notamment inspirés des droits nationaux : les seconds peuvent maintenant trouver inspiration dans les premiers. Par définition, l'harmonisation informelle relève d'une circulation multidirectionnelle de l'information normative.

Cependant, comment parler de *lex mercatoria* lorsque le droit dont il s'agit est si largement tributaire des systèmes nationaux reconnaissant la liberté des conventions ? Cette dernière nous ramène à la question de la

36. Voir J.G. LAMMERS, « General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », dans F. KALSHOVEN, P.J. KUYPER et J.G. LAMMERS (dir.), *Essays on the Development of the International Legal Order*, Rockville, Kluwer Academic Publishers, 1980, qui dresse une liste des auteurs selon qui l'article 38(1)(c) du Statut renvoie aux principes des droits nationaux : Oppenheim et Lauterpacht, Cavaré, Guggenheim, Ripert, Sorensen, Schwarzenberger, de Visscher, Waldock et Bin Cheng. Pour une analyse des interprétations possibles de cette disposition, voir H. MOSLER, « General Principles of Law », dans R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopaedia of Public International Law*, t. 2, New York, North-Holland Pub, 1981, p. 511 et suiv.

37. G. RIPERT, « Les règles du droit civil applicable aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du Droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale) », dans *Recueil des cours (Académie de droit international)*, Paris, Sirey, 1933, p. 569, à la page 579.

38. Voir F. HINESTROSA, *loc. cit.*, note 24, 515. Se basant sur les codes civils italien et colombien et les Principes d'UNIDROIT, Hinestrosa énumère quelques principes généraux du droit des contrats : la maxime *solus consensus obligat*, le principe de nullité pour irrégularités flagrantes dans la formation, le principe universel de *pacta sunt servanda* (compensé par celui de *rebus sic stantibus* lorsque l'équité l'exige), la non-dérogação des normes impératives (*jus cogens*), l'inopposabilité à l'égard des tiers et la bonne foi.

force normative des pratiques commerciales non plus en tant que coutume mais cette fois en tant qu'usage, c'est-à-dire en tant que loi des parties. Nous nous limiterons ici à quelques remarques sur un sujet bien vaste et qui mériterait une attention plus soutenue. Car si l'idée de la *lex mercatoria* comme droit propre des marchands, comme droit façonné par les marchands pour les marchands est plus qu'un leurre, plus qu'un mythe, c'est surtout dans les usages qu'il faudra en chercher l'incarnation.

2 Usages du commerce

La méthode de détermination des règles transnationales proposée par Emmanuel Gaillard fait une place de choix aux principes communs des droits nationaux. À l'exception des cas où il est question d'ordre public, cette place demeure bien sûr tributaire de la volonté des parties. Nous avons vu que, dans un contexte d'application des règles transnationales, les avocats-conseils et les arbitres doivent procéder à une analyse de droit comparé propre à dégager les règles fournissant la solution au litige. Mais avant d'en arriver là, ils doivent dans un premier temps « rechercher si les parties elles-mêmes ont arrêté des directives de méthode sur la manière de dégager les règles qu'il convient d'appliquer ». Gaillard poursuit ainsi :

Tel sera le cas par exemple lorsque les parties auront prescrit l'application des principes communs à deux systèmes juridiques ou plus. Ainsi, les arbitres statuant dans l'affaire Eurotunnel doivent-ils appliquer « les principes communs au droit anglais et au droit français » et, à défaut seulement, « les principes du droit du commerce international tels qu'ils ont été appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux » [...] Tel sera également le cas lorsque les parties auront restreint la recherche de principes généraux à une région du monde³⁹.

La méthode du tronc commun, du droit transnational régional, ou des principes communs des systèmes juridiques ayant un lien avec le contrat évoque l'idée de *micro lex mercatoria*⁴⁰, selon laquelle le droit transnational des contrats commerciaux peut se réduire aux circonstances particulières entourant chaque contrat du commerce international. Cette conception, chacun peut aisément le constater, est à un pas de situer le droit transnational dans le giron conventionnel.

Songeons dans le même esprit aux clauses de droit applicable se référant directement aux Principes d'UNIDROIT. L'affaire CCI n° 8331 en fournit un excellent exemple. La clause de droit applicable, respectée en tous points par le tribunal arbitral, se lisait comme suit :

39. E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 35, 23.

40. M. MUSTILL, *loc. cit.*, note 28, section 1.

The Parties have agreed that the Arbitral Tribunal shall apply the relevant agreements between the parties and, to the extent that the Arbitral Tribunal finds it necessary and appropriate, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts of May 1994 shall be applied by the Arbitral Tribunal⁴¹.

Dans un contexte arbitral international, la validité d'un tel choix par les parties et l'obligation faite à l'arbitre d'y donner suite sont universellement reconnues. Cependant, l'impératif de recherche de la volonté des parties dont parle Gaillard semble bien aller au-delà de la « méthode » dans la mesure où les parties se voient apparemment reconnaître la faculté de façonner de toutes pièces les règles de droit applicables à leur contrat. Si bien que la distinction entre le droit et le contrat devient conceptuellement difficile. Le renvoi aux Principes d'UNIDROIT peut ainsi se concevoir comme l'incorporation aux conditions convenues entre les parties contractantes d'un ensemble de règles donné—conception que le juge étatique sera généralement forcé d'adopter, avec la conséquence qu'un droit applicable qui n'est pas transnational sera nécessairement considéré comme sous-jacent, servant officiellement de droit applicable au-delà des Principes d'UNIDROIT ; ou alors comme la détermination conventionnelle des règles *de droit* applicables au contrat, ce qui sera le cas dans un forum arbitral. Cette ambiguïté est à son paroxysme lorsqu'il s'agit des usages du commerce.

2.1 Droit uniforme des usages (uniformes?)

La référence aux usages dans la Convention de Vienne, comme dans les Principes d'UNIDROIT, est bien connue⁴². L'usage y est décrit comme

41. Voir F. MARRELLA et F. GÉLINAS, « Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage CCI : Présentation et éléments d'analyse », (1999) 10 (2) *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* 26. La clause est reproduite à la page 67.

42. La place des usages dans le contexte de la Convention de Vienne est définie à l'article 9 :

1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.

2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

On fait également appel aux usages dans les dispositions concernant l'intention des parties (art. 8) et l'acceptation de l'offre (art. 18). L'article 1.9 des Principes d'UNIDROIT se lit comme suit :

1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles.

liant les parties dans trois cas de figure. Le premier est une lapalissade : les parties sont liées par un usage auquel elles ont consenti. Le deuxième renvoie à l'usage dit subjectif, c'est-à-dire la pratique propre aux relations contractuelles entre les parties au litige⁴³. Une fois encore, il y a peu de controverse au sujet des concepts, car il est aisé pour l'esprit d'admettre un cas de consentement à des conditions implicites. C'est le troisième cas de figure qui pose problème sur le plan des concepts, car il tient les parties aux usages répandus et largement suivis *qu'elles auraient dû connaître*⁴⁴.

La force juridique de cet usage objectif, appelé parfois « usage de droit », est encore largement attribuée au consentement des parties commerçantes, alors qu'il possède les attributs essentiels, sur le plan de la force obligatoire, du droit, du moins du droit des contrats, c'est-à-dire les attributs d'un droit principalement supplétif. L'usage objectif s'imposera aux parties à moins de convention contraire entre elles, comme la vaste majorité des dispositions de tout droit des contrats.

Au premier degré, le consentement des parties à l'usage objectif est un bel exemple de fiction juridique. Mais au second degré, en prenant un certain recul sur l'objet du consentement, nous pouvons aisément concevoir qu'il porte non pas sur l'usage dont il peut être question dans une affaire, mais sur ce que nous pourrions appeler un « système », ou du moins un ensemble, celui des pratiques d'un secteur d'activité économique donné. Et en élargissant de la sorte l'objet du consentement, en rendant ce dernier plus flou, en cessant de nous préoccuper de sa réalité, nous nous éloignons inexorablement d'une logique contractuelle pour nous rapprocher du droit dans le sens d'un ensemble normatif régissant à certaines fins une communauté donnée, en l'occurrence celle des marchands. C'est ainsi que l'« usage estompe les contours de la loi et de la convention, tenant entre eux le rôle d'une valeur de transition, zone de clair-obscur dans le tableau, où toutes les oppositions viennent s'atténuer et se fondre⁴⁵ ».

2) Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable.

Les dispositions traitant de l'acceptation (art. 2.1.6 (3)), de l'interprétation du contrat (art. 4.4) et des obligations implicites (art. 5.1.2) font toutes référence aux usages.

43. Il s'agit de ce que le droit des États-Unis appelle habituellement le *course of dealing*.

44. Nous ne nous attacherons pas à une critique économique évidente de ce type d'usage : il érige de prime abord une barrière à l'entrée dans chacun des marchés particulièrement riches en usages.

45. J. ESCARA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1910, p. 4.

Et pourtant, il est rarement inutile de rappeler qu'il n'y a jamais eu d'usages «du commerce» en général, qu'il suffirait de colliger pour constituer le corpus du droit des marchands. Car les usages sont normalement limités à un secteur d'activité économique particulier, ce dont prennent acte d'ailleurs la Convention de Vienne et les Principes d'UNIDROIT. Cela nous ramène, vu sous un certain angle, au problème de la *micro lex mercatoria*.

2.2 Usages et arbitrage

Les dispositions concernant le droit applicable dans les divers instruments d'encadrement des procédures arbitrales déclarent de manière uniforme que l'arbitre doit tenir compte, dans tous les cas, du contrat et des usages du commerce pertinents⁴⁶. La formulation de ces dispositions, qui s'inspirent les unes des autres, laisse entendre deux choses.

En premier lieu, les usages sont traités avec le contrat et sur le même pied que ce dernier. Ainsi, ils sont associés à la volonté des parties et non au droit applicable, ce qui explique qu'ils doivent être pris en considération dans tous les cas, c'est-à-dire indépendamment des règles de droit applicables. Pour qu'il en soit ainsi, il faut définir les usages de manière stricte, en excluant de leur portée le droit transnational pris au sens large et qui comprend ce que nous avons appelé, suivant Carbonnier, la «coutume savante», soit, à nos fins, le droit transnational qui n'émane pas des pratiques commerciales, mais de la science des juristes⁴⁷. Un arbitre ne devrait donc pas s'autoriser de ce qu'il doit tenir compte des usages pour se lancer systématiquement, et entraîner avec lui les avocats-conseils qui l'assistent, dans une recherche de droit transnational tous azimuts. Seule exception manifeste: le cas où la recherche de la volonté des parties mène l'arbitre à la conclusion que les usages mentionnés dans le contrat s'assimilient dans l'esprit des parties aux principes généraux du droit des contrats du commerce international⁴⁸.

En second lieu, la rédaction des dispositions régissant la détermination du droit applicable prend acte de ce que, s'il n'y a jamais eu d'usages «du

46. Voir, par exemple, l'article 28 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*.

47. Voir en général A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984. Voir dans le même sens : E. GAILLARD, «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», dans *Études offertes à Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203 ; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002. Pour une approche pragmatique mettant en doute l'utilité pratique de cette distinction, voir J. PAULSSON, «La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.», (1990) 1 *Revue de l'arbitrage* 55.

48. E. GAILLARD, *op. cit.*, note 35, p. 25.

commerce» en général, il n'y a guère non plus d'usages du commerce qui soient vraiment « internationaux ». Les usages du transport maritime et les quelques codifications de la Chambre de commerce internationale mentionnées plus haut semblent à ce titre exceptionnels. Il est des usages locaux et régionaux, des usages limités à un port de mer, des usages restreints à une ville. Cependant, bien peu d'usages sont si répandus qu'ils peuvent être considérés comme usages internationaux. La disposition pertinente de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* est le reflet de cette réalité : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction. » Nous ne saurions en dire beaucoup plus sans le bénéfice d'études empiriques plus larges et plus systématiques des usages du commerce⁴⁹. Ce qui est certain, c'est que l'usage du commerce ne s'est guère fait sentir jusqu'ici comme un phénomène dominant dans la jurisprudence arbitrale, du moins en dehors des systèmes d'arbitrage consacrés à un commerce particulier.

Synthèse et harmonie

Notre aperçu des modalités selon lesquelles le décideur a recours aux principes généraux du droit et aux usages du commerce laisse plusieurs questions sans réponse.

Prenons d'abord la notion de code qui sert de prétexte à notre propos. L'idée de codification a toujours été mise en avant avec l'avertissement de la sagesse concernant les limites d'une telle entreprise. Le discours préliminaire sur le projet de code civil attribué à Portalis place ainsi le code dans son contexte :

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges⁵⁰.

49. Pour un rare exemple, voir L. BERNSTEIN, « Opting Out of the Legal System : Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry », (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115, 157 ; plus généralement aux États-Unis : L. BERNSTEIN, *The New Law Merchant : Private Commercial Law in the United States*, Toronto, University of Toronto, 1995 (WS 1994-95-(9)).

50. « Discours préliminaire sur le projet de code civil », dans J.-É.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 8.

L'«usage», «la discussion des hommes instruits» et «l'arbitrage des juges» sont des références utiles, mais qui font mal ressortir l'importance de la normativité informelle qu'un code ne remplace pas mais dans laquelle il s'insère. Au Québec, le premier rapport des codificateurs de 1865 allait plus loin, et avec raison, dans l'expression de cette normativité incontournable :

Tout code de lois, quelque complet qu'il puisse être, suppose nécessairement l'existence obligée de certains principes fondamentaux sur lesquels doit reposer et se soutenir toute législation positive, et il n'y a ni soin ni prévision qui puisse assurer une précision et un développement tels que tout procédé de raisonnement et de déduction basée sur ces principes et sur l'expérience et la science qui ne se trouvent pas dans la loi écrite, devienne inutile⁵¹.

Ce droit informel est le contexte normatif irréductible du droit écrit, dans lequel ce dernier vient s'inscrire, à l'évolution duquel il participe et dans lequel il prend son sens. Ce droit informel tend à l'universalité dans la mesure où la raison pratique tend à l'universalité. C'est pourquoi les forces harmonisantes du droit informel n'ont jamais cessé d'opérer, en dépit de l'ubiquité du droit écrit et de ses tentatives d'exclusion du droit informel⁵². Quels enseignements est-il possible de tirer de ce constat dans le contexte de l'harmonisation du droit des contrats du commerce international ?

Nous pouvons d'abord observer que le droit uniforme conventionnel confirme la pertinence du droit informel dans le processus décisionnel qu'il cherche à encadrer. Les principes généraux auxquels il se réfère, dans la Convention de Vienne par exemple, font partie d'un droit uniforme informel qui correspond généralement à celui que les acteurs du commerce international peuvent avoir à l'esprit lorsqu'ils évoquent la *lex mercatoria*.

Nous ferons ensuite remarquer que la méthode «comparatiste» de détermination du droit commercial transnational, si elle semble largement tributaire des lois nationales, n'en demeure pas moins fidèle à l'idée de droit informel. Car le passage obligé de l'arbitre par le droit national est fonction du rôle dominant de ce dernier non seulement dans les dérives mais également dans le raffinement de la raison juridique au cours des deux derniers siècles. Les droits nationaux fournissent encore aujourd'hui le gros de la matière première d'un droit informel qui trouve ses ressources là où la majorité des juristes font office. La jurisprudence arbitrale, pauvre

51. E.D. CARON, C.D. DAY et A.N. MORIN, *Premier Rapport des commissaires pour la Codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles, nommées en vertu du Statut 20 Vic. Chap. 43*, Québec, George Desbarats, 1865, p. 33.

52. Voir H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 3, 615 et suiv., qui mentionne les techniques utilisées par le droit formel pour évincer le droit informel.

aujourd'hui, est donc susceptible de prendre une importance qui, à terme, pourrait être appelée à déclasser celle de l'analyse comparative⁵³.

Pour ce qui est des usages objectifs du commerce, il faut bien admettre que leur rôle dans le développement de principes généraux du commerce international n'est guère prometteur. En revanche, les usages du commerce, tout limités qu'ils puissent être à une activité économique particulière ou à une région donnée, font partie du contexte normatif informel qui donne son sens à un contrat. Aussi font-il indéniablement partie du droit informel *particulier* régissant certaines catégories de contrats à certains endroits.

L'idée d'inscrire l'usage objectif dans une logique contractuelle de même que la faculté apparente des parties ayant recours à l'arbitrage international de façonner de toutes pièces les règles de droit applicables semblent bien soulever la question du «contrat sans loi». La possibilité pour les parties, et en cas de silence pour les arbitres, de désigner un ensemble flou de droit transnational comme *lex contractus* permet manifestement d'éviter à ce titre l'application exclusive de tout droit national. Cependant, s'il est difficile de résister à l'idée du contrat sans *loi* au sens de droit national, il se révèle encore plus ardu d'admettre celle du contrat sans *droit* au sens du droit informel. C'est pourquoi les dispositions régissant la détermination du droit applicable dans le contexte arbitral international—hormis le cas, très rare en pratique, de l'amiable composition—, si elles admettent l'évacuation du droit national supplétif, n'en exigent pas moins que les règles appliquées soient des règles *de droit*. Il est permis de croire qu'il s'agit ici d'une exigence de juridicité qui dépasse la maxime *pacta sunt servanda* prise isolément. Lorsque les parties à un contrat international désignent les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* comme *lex contractus*, elles ne s'inventent pas un droit totalement nouveau qui reposerait exclusivement sur la liberté du consentement. Elles renvoient nécessairement à un droit informel sous-jacent, qui va bien au-delà du texte même des Principes et de la maxime *pacta sunt servanda*.

Car le constat du caractère irréductible du droit informel en tant que contexte normatif—constat qui a pu être fait à l'occasion des codifications à l'endroit du droit écrit—s'avère tout aussi valable pour le contrat. Ce dernier, comme une constitution et comme un code civil, ne saurait se donner, de manière autoréférentielle, son propre sens. Il n'est rien s'il n'est placé, interprété, complété et compris dans le contexte d'une normativité

53. Sur le développement de la jurisprudence arbitrale, voir F. GÉLINAS, «La jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale», *Gaz. Pal. Rec.* 2000, doct. P. 116, J. n° 11, 11 janvier 2000, p. 19.

informelle qui seule peut lui donner un sens. Hors ce contexte, comme une constitution et comme un code civil, le contrat est telle une partition de Bach tombée dans les mains d'un babouin.